

POR DON JUAN GARCIA DE SALAS, y Consortes, hijos, y herederos de Don Roque Garcia de Salas, en el Pleyto executivo, que ha seguido con Don Francisco de Renteria, vezino de esta Ciudad, sobre la cobranza de nueve mil nuevecientos sesenta y cinco pesos excudos de plata, &c.



1. PAra inteligencia de lo que huvieremos de fundar, se supone lo primero, que Don Joseph Joachin de Usparricha, y Don Francisco de Garrastegui, Administradores, y Maestres de los dos Navios nombrados: Nuestra Señora del Rosario, y Nuestra Señora de Begoña, estando para hazer viage al Puerto de Santo Thomàs de Castilla, Provincia de Honduras, como deudores principales, y el dicho Don Francisco de Renterìa como su Fiador, y principal pagador, renunciando el beneficio de la excusion, por Escriptura publica, que otorgaron en veinte y quatro de Noviembre del año de 1725. dixeron estar debiendo al dicho Don Roque la cantidad suprà expressada, que este avia prestado à los principales con consentimiento del Fiador, con inde-



pendencia del Maestrage, y Administracion, en que se incluìan los premios, è interesses de los riesgos, que avian de ir corriendo de cuenta del dicho Acreedor desde la Bahìa de esta Ciudad, hasta el dicho Puerto de Santo Thomàs de Castilla, y desde aquel à esta Bahìa repartidos por mitad en cada Navio à la ida, sobre diferentes tercios expressados en la Escriptura, y de buelta à estos Reynos, sobre plata en reales, que se avìa de embarcar por mitad en ambos Navios, baxo de partida de Registro, y de Conocimientos, *firmados de ambos Maestres*, en que constasse venir destinados para pagamento de la obligacion de cuenta del Acreedor; entendiendose, los riesgos de mar, viento, tierra, fuego, amigos, y enemigos, *y otros desgraciados sucessos maritimos, que pudiessen sobrevenir á las Naos, mercaderias, ó reales*, sobre que se avian de correr; que siendo total la pèrdida, avian de quedar los deudores principales, y su Fiador libres de su obligacion; y siendo parcial, avian de entrar todas las partes en prorrateo à pèrdida, ô ganancia, segun cuenta de Compañia, llevando cada vno para si lo que le tocasse; entendiendose, el primer riesgo de cuenta del Acreedor, hasta que estuviessen puestos en tierra los dichos Tercios, y Almazenados en el sitio de las Bodegas; y los que en adelante sobreviniessen, avian de ser de cuenta de los principales deudores, y Fiador; y los de la buelta, avian de principiar desde el dicho Puerto de Santo Thomàs de Castilla, y continuarse de cuenta del Acreedor todo el discurso de la navegacion, hasta que ambos Navios diessen fondo en la Bahìa de esta Ciudad, ò otro qualquier Puerto de España, donde se diesse por cumplido el viage, y en èl echassen sus primeras Anclas, y passassen veinte y quatro horas; las quales cumplidas, quedavan en el todo cumplidos los riesgos de cuenta del Acreedor; y los que en adelante sobreviniessen, avian de ser de cuenta de los dichos principales, y Fiador, quienes desde entonces, para quando llegasse este caso, se constituyeron liquidos, y llanos deudores de la dicha cantidad, obligandose à pagarla en esta Ciudad à los treinta dias despues de cumplidos todos los dichos riesgos al referido Don Roque, ò à quien su poder, ô causa huviere.

2. Lo segundo, que aviendo estado los Navios en Honduras, hasta Mayo del año de 1728. por no aver acabado

de

Don Francisco Renterìa, y despues hizieron el pago los dichos Don Joseph Joachin de Vsparricha, y Don Francisco de Garrastegui, quienes pretenden oy se revoque la sentencia de remate, y se declare por nula; y que en su consequencia se les buelva la dicha cantidad, pretextando para ello, que el contrato es condicional, que no se ha purificado la condicion en aver llegado à salvamento los reales, que cumplieron con aver entregado al Maestre, que bolviò con los Navios el dinero; y que chancelaron la Escriptura en Honduras.

5. Esto supuesto, consistirà nuestro Informe en quatro puntos. En el primero, probarèmos lo que es contrato de riesgo. En el segundo, que el caso de aver el Maestre consumido el dinero, no es de cuenta del Acreedor cambista. En el tercero, que aunque assi lo contemplàsemos, deben pagarlo los deudores, que lo cargaron. Y en el quarto, satisfarèmos à las objecciones contrarias.



PVNTO PRIMERO.

6. EL contrato del riesgo maritimo, nò es como se practicava en lo antiguo, en que el Acreedor, porque tomava en sì todo el peligro, podia recibir immensas, è infinitas vsuras. *Antonio Perez in lib. 4. Cod. tit. 33. de nautico fœnore, num 2. ibi: Olim quidem permissum erat fœnus infinitum, & immensas vsuras stipulari, id quod testatur Paulus lib. 2. sent. tit. 14. vbi inquit trajectitia pecunia, propter periculum creditoris, quamdiu navigat navis, infinitas vsuras recipere poterat*; por lo qual dize *Paulo Christianeo tom. 3. decision. tit. 33. num. 3.* que estàn corregidas las leyes Civiles, que trataron de esta materia.

7. Nò consiste en mero mutuo de cantidad, que el Acreedor presta al deudor, tomando aquel en si el riesgo, porque esta opinion serìa derechamente contraria al capitulo final de vsuris, donde el Summo Pontifice Gregorio IX. declarò por vsurario al Acreedor, quando depende immediatamente el interès del mutuo; esto es, que el que entrega el dinero, nò lo prestaria, si no tuviesse el lucro del seguro, segun con muchos, que cita *Casaregis de comm. disc. 14. á num. 5.*

8. Otros

8. Otros dixeron, que este contrato valìa en fuerza de apuesta, à quienes cita el *Cardenal de Luc. en el disc.* 111. *num.* 5. *de credit. & debito*; y *Ansaldo de comm. & mercat. disc.* 70. desde el *num.* 10. hasta el 12. cuya opinion no es segura; pues con el pretexto de apuesta, facilmente se cometerian vsuras en el mutuo. *Idem Casareg. dict. discurs. num.7. ibi: Secunda opinio eorum, qui in vim sponsionis valere hunc contractum volnerunt, nullo modo videtur sustinibilis, quia sub prætextu sponsionis de facili committeretur mutuum eum vsuris, Leotur. de vsur. dicta quæst.* 23. *num.* 54. *&* 55. *Card. de Luc. eod. tract. disc* 36. *num.* 4. *& seq.*

9. Y los mas modernos llevan, que el cambio maritimo se resuelve en tres contratos. El primero, de participacion entre el que dà, y recibe. El segundo, de venta de las ganancias, que haze el cambio con el cambiatario, taxando cierto interès; y el tercero, de la assecuracion, que haze el mismo cambista, considerando, como vn tercero, sobre aquel negocio, tomando en sì el peligro de la navegacion, y de otros casos fortuitos, *vt tenet Targa* en sus ponderaciones maritimas, despues del *cap.* 32. *Juan Domingo Peri de negotiatione, Italicé composito part.*3. *cap.* 10. y otros, que cita el dicho *Casareg. dict. discurs.* 14. *hasta el num.* 13. aunque no es necessaria la convencion explicita del contrato trino, por ser bastante la implicita. *Cardinal. de Luca de vsuris, disc.* 1. *n.* 4.

10. A esta vltima opinion se adapta mas el contrato de riesgo maritimo, que en España se celebra, donde en qualquiera Escriptura de vn riesgo, dos, ô tres, siempre se pacta, que en caso de pèrdida à la ida, sobre casco, y quilla de Vagèl, ò sobre mercaderias, que en èl se embarquen, ò à la buelta sobre reales, frutos, ò otros generos; siendo total, ha de quedar libre el deudor, y sus bienes; y siendo parcial, por suceder la pèrdida en parage donde se salve parte del Vagèl, mercaderias, reales, ò otros efectos, ha de entrar heredando el Acreedor en lo salvado por la cantidad de su credito, y los deudores por el demàs valor; quedando ambas partes participes, y compañeros, para que baxados los costos, y gastos, que en su beneficio se causaren, lo liquido, se parta, y ratee, segun cuenta de compañia, que es lo mismo, que se pactò en nuestro contrato.

11. De lo dicho hasta aqui, resulta, que en el contrato de riesgo maritimo, se incluye el del seguro; por cuya razon, si el cambista maritimo, quiere assegurarse con otro, se llama este vltimo seguro: *Reasecuratio, vt tenet.* El mismo *Casareg. dict. discurs.* 14. y en el discurso siguiente *n.* 2.

PUNTO SEGUNDO.

12. PAra que se reconozca, si el aver consumido el Maestre en la Havana el dinero, *dato, & non concesso,* que estè probado el consumo, lo han de padecer los herederos de Don Roque, ò los deudores, que lo cargaron, es menester hazerse cargo, lo primero, que desde que el Acreedor presta el dinero, hasta que lo recibe, tiene el deudor el dominio en èl, *Casareg discur.* 73. *num* 3. *ibi: Pecuniæ, seu merces datæ ad cambium maritimum transeunt verè in dominium cambiatarij*, assi por ser constitutivo del mutuo, como porque no ay implicacion, que lo tenga el deudor, y que el Acreedor corra el riesgo: *Casareg. discurs* 137. *num.* 26. *& revera sicuti novum in Iure non est, quod dominium, aut titulus remanere potest solum penes vnum, & totum commodum, & incommodum, & periculum contractus apud alterum Gratian. cap.* 730. *num.* 49. *& cap.* 970. *Salgad. Labyrint. Credit part.* 1. *cap.* 35. *num.* 11. *& Rot. dec.* 57. *num.* 2. *&* 3. *part.* 14. *& nos in disc.* 5. *n.* 28. *&* 29.

13. Lo segundo, que el riesgo à que se sujeta el assegurador, ò cambista maritimo, que como queda dicho, assegura tambien pasivamente el caudal, y las ganancias, es de casos fortuitos, solitos, y acostumbrados, como son, de quebrantamiento de la Nave, dar en tierra, ò tocar en baxos, mar, viento, fuego, amigos, ò enemigos, segun *Hevia Bolaños lib.* 3. *comm naval. cap.* 14. *Ansald. de Ansaldis in formula assecurationis* al fin de su tratado de comm. & mercatura, *glos.* 22. *num.* 1. *Casareg. de comm.* en el tratado de averias, que trae al fin del *tom.* 2. *de comm.* §. 10. *y la ley* 41. *tit.* 39. *lib.* 9. *de la Recopil. de Indias.*

14. Pero nunca se corre el riesgo de casos insolitos, ò no acostumbrados, quales son aquellos, que en quarenta años no sucedieron, lo qual procede aunque se pacte caso solito, ò insolito, pensado, ò no pensado, como con *Gutierrez* lo lleva

el

el miſmo *Hevia Bolaños eodem lib. 3. comm. naval. cap. ſeguro num. 26. Joſeph Roſa conſult. 26. num. 25. Caſareg. diſcurſ. 1. num. 149.*

15. Y con mayor razon en nueſtro rieſgo, en que expreſſamente ſe pactò fuera de los caſos expreſſos, que Don Roque avia de correr los demàs *deſgraciados ſucceſſos maritimos*, que pudieſſen ſobrevenir; con que es cierto, que la culpa del Maeſtre no quedò comprehendida en el rieſgo, que quiſo correr Don Roque.

16. Pues las palabras del contrato ſon la forma, que le dàn el ſer, al qual nada puede añadirſe, ni quitarſe. *D. Salgado de Reg. protect. part. 4 cap. 3. á num. 47. ibi: Quod verba contractus ſunt forma ipſius, quæ dat eſſe rei, nec ei aliquid addi poteſt, vel detrahi*; y en el numero ſiguiente: *Vera enim eſt generalis iuris determinatio, nullam diſpoſitionem vltra egredi, quam verba, & tenor patiantur. l. quidquid adſtringendæ ff. de verborum oblig.*

17. Sin que la tradicion, que hizieron los deudores al Maeſtre del dinero, pueda reputarſe titulo para aver tranſferido el dominio en Don Roque. *Caſareg. diſc. 44. num. 4. ibi: Deficit traditio, quæ non verificatur per conſignationem factam Navarcho pro ipſis mittendis, cum nondum in ipſos Guidettos pervenerint, vt probat in puncto Milanen. dec. 11. num. 10. 11. maximé quia Navarchus non accepit pro conſignando Guidettis, ſed M. M. Graſſis, aut alteri habituro poteſtatem á Peralta, quo caſu non poteſt dici amiſſum, & proindé nec translatum dominium. Rot. penes Gratian. diſcept. 500. n. 35.*

18. Yà por lo que diximos ſuprà num. antecedenti, yà porque en la realidad venia conſignado al dicho Don Franciſco de Renterìa, que recibiô los Conocimientos, y en ſu virtud pudo ponerle cobro, y ſatisfacer la deuda en el dinero miſmo, ò en otro, que completaſſe los nueve mil nuevecientos ſeſenta y cinco peſos de à ocho reales de plata, eſtipulados en la Eſcriptura, llevando para sí el aumento, que tenia entonces la plata doble, por pertenecerle à los deudores, como ſequela del dominio, ſegun lo tiene alegado la parte del miſmo Renterìa, y confeſſadolo los Comerciantes, que le dieron ſu parecer en eſta Ciudad, deſde veinte y cinco de Septiembre de 1730. y yà porque la cantidad, que ſe embarcò en Honduras, ſolo ſe huvo como cuerpo deſtinado para correr el ſegundo rieſgo.

19. En el num.11. diximos, que en todo contrato de riesgo se incluye el del seguro, conque serà precisso confessar, que los casos à que el assegurador se expone, essos mismos obliga al cambista maritimo, y estos son solo de fortuna, y no de culpa. *Santerna de assecuration. part.4, num. 15. y 16. ibi: Et non est intelligendum, quod assecurator assumat periculum, intelligendo proveniens ex culpa. Fontanela decission 242. num. 27. ibi: Et est ratio, quia assecuratores intelliguntur succepisse periculum fortunæ, non autem culpæ commissæ per assecuratum.*

20. Y en el num.26. con Mauro Muta, y otros, dize: *Idem est de culpa patroni*; y en la decision siguiente num. 20. que las culpas cometidas por el sobre cargo, ò preposito, son de cuenta del assegurado. Lo mismo lleva la *decis. de Genova 3. num. 15.* y el *Cardenal de Luca discurs.* 106. desde el *num. 30.* hasta el 32. *idem Casareg. discurs. 64 num. 12. ibi: Assecurator censetur suscipere periculum tantum fortunæ non culpæ. Marco Antonio Sabelli § assecuratio num. 6. ibi: Assecurans pecunias, & merces per mare, vel alia loca periculosa vehendas intelligitur in se suscipere periculum fortunæ, non culpæ debitoris, & sic non tenetur de periculo, & damno, quod accideret ex culpa vehentis, aut alterius, sed tantum de casibus fortuitis. leg. cum proponas, vbi Bart. Bald. Castr. & alij, & leg. penultima. C. de nautico fœnore.*

21. Del mismo sentir es *Altimar de nullitate contractus. Rub.1. part.2. quæst.26. num. 101. y 102. ibi: Assecurari possunt res, merces, & personæ non solum per mare transeuntes, sed etiam per terram, Azor p.3. lib. 11. tit. de contract. dub. cap. 18. dub. 6. Scac. de commerc. §.1. q.1. num. 133. sed intelligitur hoc casu suscipere periculum fortunæ, non culpæ vehentis, aut alterius, sed tantum de casibus fortuitis: Leonin. consil. 23. num. 6. volum. 3. Mastril. decis. 197. num. 11. & seqq.*

22. Esta misma sentencia es de *Juan Marquardo de iure. mercator. lib.2. cap. 13. num. 36. & num. 48.* De *Hevia Bolaños lib. comercio naval, cap. seguro num. 24. ibi: El seguro, que es cargo del assegurador, se entiende, sucediendo por caso fortuito; mas no si sucede por culpa del assegurado, como si se tomaren por ella las mercaderias, ó en otra manera, que la tenga, segun vn texto notable, ni por culpa del Maestre de la Nave, como si se perdió por ella, conforme vnas leyes de partida*; y en el numero siguiente, en que pone los casos fortuitos, que corre el assegurador, exceptua el

que

que acaece por culpa del Maestre de la Nave.

23. Y porque no se crea, que ay diferencia entre el cambista, y assegurador; nos sacò de ella el Card. de Luc. que aviendo tratado la question en el *disc. 39. de credict.* resuelve al num. *6.* que siempre que ay culpa; aunque sea levissima, como que excluye el caso fortuito, no es cuenta del cambista, *ibi: Primus igitur casus est ubi quæstio sit; an mercium; vel navis peremptio contigerit á casu fortuito, vel culpa ad effectum lucri pecuniæ traiectitiæ, seu datæ ad cambium; sub periculo casuum fortuitorum, iuxta deducta dicto disc. 3. de usur. & tunc rectè intrat inspectio rigorosæ mutationis itineris, redolentis culpam, talis qualis illa est, etiam levis; seu levissima, quæ apta est excludere verum casum fortuitum, iuxta ea, quæ ad materiam culpæ excludentis casum, in maritimis, ac alijs habentur sub tit. de locatò, & conducto discurs. 11 cum seqq ac alibi.*

24. *Paulo Christianeo* en el *tit. 33. de nautico fænore* en la *decis. 47. num. 4.* sintiò lo mismo, *ibi: Et sic qui suscipit in se periculum mutuatæ pecuniæ, aut mercium vehendarum per mare, aut alia loca periculosa; intelligitur in se suscipere periculum fortunæ non culpæ debitoris, uti ait lex penult. infra hoc tit. & sic non tenetur de periculo; & damno, quod incurritur ex culpa vehentis; aut alterius, sed tantum uti dixi in casibus fortuitis, & id probatur in leg. cum proponas, & ibi Barth. Bald. Castrens. & alij; ut usu etiam nostrate, & Gallicò.*

25. Y no se debe dudar; que fuè culpa gravissima en Don Manuel Alvarez valerse del dinero ageno, que traìa registrado, quebrantando la confianza, y fee publica con que por razon de su oficio lo recibiò; lo qual procede en tanto grado, que aun à los Generales de Armadas de Galeones, y Flotas se prohibiò; con pena de suspension de sus oficios, por las leyes 110. y siguiente del tit. 15. lib. 9. de la Recopilacion de Indias, el que con ningun pretexto, ni causa se valiessen, gastassen, ni librassen el oro, ò plata en reales, que viniesse registrado por cuenta de particulares, y otras bolsas, por lo qual en el Auto, en que dichos señores Consules mandaron despachar nuestra execucion; expressaron; con razon justa, aquellas palabras, que se leen en la misma providencia, ibi: *Para que con el mas severo rigor se castigue el delito del Maestre*: y mas abaxo, ibi: *Dexando abierto el camino; si en su castigo no se*

ad-

advierte el escarmiento, á innumerables perjuizios. Y como caso nuevo, motivò la Consulta, que hizieron al Real, y Supremo Consejo de las Indias. *Marquardo lib.2.cap.13. num.36.* donde aviendo especificado algunas de las culpas del Maestre, prosigue al fin, diziendo: *Vt ex præcipiti avaritia, vel civili audacia merces variando, moram commitat, quæ culpa accensetur, tum enim non tinentur assecuratores.*

PUNTO TERCERO.

26. AUnque concediessemos, sin perjuizio de la verdad, que el daño sucedido por culpa del Maestre de la Nave debe correr de cuenta del Acreedor, ò cambista maritimo, quien lo debe pagar en nuestro caso, son los deudores, porque yà q̃ se quedaron en Honduras, por su propria conveniencia, aviendo reconocido, que los Navios no bolvian bien carenados, y pertrechados, las irregulares providencias, que el Maestre daba, y las repetidas dissenciones, que avia entre èl, y la gente de su Tripulacion, como està probado à pedimento contrario, no debieron cargar el dinero en dichos Navios; y pues hizieron el animo de quedarse en las Indias, aùn antes de salir para ellas de estos Reynos, como lo manifiesta el Memorial, que presentò Don Francisco de Garrastegui al señor Don Joseph de Valdivieso, en siete de Febrero de 1726. con total ignorancia del dicho Don Roque; de cuyo Memorial, y Decreto, à pedimento de Don Francisco de Renteria, se puso vltimamente testimonio en los Autos.

27. Yà que el dicho Don Francisco de Garrastegui, no preguntò à Don Roque si era su voluntad, que sin embargo de no bolver por Maestre, avia de entregar à qualquiera, que bolviesse con este cargo, aunque de èl se desconfiasse, debiò consultarle sobre este punto desde Honduras, y esperar su respuesta, pues huvo tiempo sobrado para ello, *vt cum Paricio consf.9. num 14. lib.1. Gail. de pace publica, lib.1. cap. 4. num.31. tenet idem Casareg. discurs. 125. num. 22. ibi: Mercator tenetur prius correspondentem advertere de eo, quod inopinaté evenit, vel de impedimento, ex cuius causa nequit mandatum exequi in forma præscripta, atque spectare vlteriora eius mandata.*

28. Y, caso negado, no huviesse tiempo, debieron los

los

los deudores practicar lo que les pareciesse mas prudente, *vt cum Baldo conf. 334. num. 1. versic. item res erat peritura, lib. 1. Card. Tusch. lit. M. conclus. 40. num. 9. Gaillo de pace publica lib. 1. cap. 4. num. 29. y 30. sentit idem Casareg. dict. disc. 125. num. 23. ibi: Sed si negotium pati nequit temporis dilationem, sine aliquo evidenti, vel probabili præjuditio correspondentis, tunc potest mercator agere prout sua prudentiæ videbitur.*

29. O lo que practicaron los Oficiales Reales de Honduras, su Comercio, y los mismos deudores, con su caudal proprio, y el de sus amigos, que fuè remitir por via de la Vera-Cruz los caudales, que no quisieron arriesgar con el dicho Don Manuel Alvarez, en cuyo caso, no se les podia imputar alguna culpa. *Casareg. discur. 176. num. 41. ibi: Mandatarius culpa redargui non potest, si sit sequutus fidem publicorum ministrarum.* Y en el *discurs. 176. num. 41. ibi: Nihilominus nulla redargui potest culpa Domini Huijens, dum sequi poterat fidem publicorum Appaltatorum*; y en el numero siguiente, *ibi: Vt dicatur munus suum mandatarij recte ad implevisse, tum quia ipse fecit in tali negotio suorum principalium, prout fecit in negotio proprio*; mayormente, costando à los deudores los defectos con que bolvian à España las dichas Naos de Honduras.

30. Y en no aver executado lo que los demàs de Honduras, cometieron culpa lata. *L. lata culpa 223. ff. l. cedere diem 13. §. vult ff de verb. signif. l. 2. §. lata ff. si mens fals. med. dixer. l. si procuratorem, 9. §. vul. ff. mandat. Parlador. differ. 122. num. 9. Ciriac. contr. 166. num 32. & contr. 358. num. 58. & 37. Staiban Iun. resol. 89. num. 9. cum seq. & cum innumeris, quod allegat Alvarez Pegas resol. Foren. cap. 3. num. 74. tom. 1.*

31. Por lo qual, se constituyeron responsables à sufrir, y pagar todo el daño, que por su culpa sobreviniesse, por ser proposicion de eterna verdad, que el que no haze lo que acostumbra hazer el bueno, y diligente Mercante, aunque no intervenga dolo, ò mal animo, lo juzga la ley por negligente, culposo, y obligado à la satisfaccion. *Dict. Casareg. tom. 3. cap. 2.* del cambista instruito *num. 11. ibi: Essendo propositione di eterna veritá, che chi non fácio, che é solito farsi du buono, e diligente mercante, ben che non vi sia intervenuto alcun dolo, ó cativo animo, viene giudicata dalla lege per negligente, e colposo, e peró debe sopportare tutto il danno, che per colpa sua é proceduto.*

32. Y en el numero 13. dict. cap. dize, que lo mismo procede en el que no piensa, ò prevee lo que seria pensado, ò previsto por los demàs hombres prudentes, *ibi: E lo stesso altre si procede in chi non pensa, e prevede ciò che si sarebbe pensato, ò previsto dagli altri huomini prudenti. Alex. cons. 44. lib. 3. Bald. cons. 295. lib. 2. Ciriac. controv. 166. n 30.*

33. Porque no se atiende el animo, sino el mismo hecho, *dict. Casareg. discurs 23. num. 24. de comm. ibi: Et regulariter non esse attendendum animum facientis, sed ipsum factum, stant apertissimi. text. in l. si quis 36. ff de verb oblig. & l. omnes §. Lucius Titius ff. quæ in fraud. Credit. & utrobique gloss. & sequitur. Card. Io. Baptistà de Luc. in tract. de feud. disc. 1. num. 20.* Y siempre se entiende, ordenada la culpa al caso quando si la culpa no huviesse precedido, el caso no huviera sucedido, *idem Casareg. dict. discurs. 23. num. 52. ibi: Et semper dicitur ordinata ad casum, quando si non præcessisset factum, seu culpa, casus non evenisset per text. in l. non omne ff. de stat. liber. l. qui Insulam §. qui melius ff. locat. Cravett. cons. 8. num. 27. Augustin Barb. s ad collect. in addit. ad cap. unic. de commodat. num. 8. Thomat decis. 93. num. 5. Fontanell. decis. 135. num. 8. & decis. 534. num. 9 13. 14. Roman cons. 39. num. 5. 6. Santern. de assecurat. num. 37. Cyriac. controv. 166. num. 38. & 214. num. 23. 24. Velasc. de privil. pauper. pat. 1. quæst. 54. num. 25.*

34. El difunto Don Roque, nunca pudo persuadirse à que se quedasse en Indias el Maestre Don Francisco de Garrastegui, y Don Joseph Joachin de Vsparricha, Administradores de dichos Navios; y que estos expusiessen el caudal à que llegasse à España, con averselo entregado al dicho Don Manuel Alvarez, de quien tuvieron tanta desconfianza, que rehusaron la entrega en Guatemala, porque no se gastasse alli el dinero, haziendo el entrego en el proprio Puerto del Golfo, y caminando cien leguas solo por entregarlo al tiempo de hazerse à la Vela los Navios, quitando toda ocasion de desperdicio, como lo tiene alegado en los Autos la otra parte.

35. Conque es cierto, que la falta del dinero se debe imputar à los deudores, que lo cargaron; maximè, porque no solo desconfiaron del dicho Don Manuel Alvarez, sino de la aptitud de los Vageles, y no à Don Roque, que solo quiso

correr

correr los riesgos de mar; de màs de los que expressamente pactò en la Escriptura. El mismo *Casareg. en el discurs.* 142. *num.*27. dize: *Si enim navis erat inepta navigationi, non debebant D.D. Salvetti, & Guerreiro; seu eorum Procuratores illam itineri exponere, quod si fecerunt, & ob id effecta est prorsus innavigabilis, determinatio processit ab eorum audacia, & culpa, ideo cedere non debet damno assecuratorum ad textum apertum in l. cum proponas.* 3. *C. de nautic. fœnor. ibi: Amissarum mercium detrimentum, quod non Marinæ tempestatis discrimine, sed ex præcipiti avaritia, & in civili debitoris audacia accidisse asseveratur; adscribi tibi Iuris publici ratio non permittit: Odd. cons.*31. *num.*18. *& seqq. Santern. de assecurat. part.* 4. *num.* 16. *& seqq. Rocc. Select. disp. Iur. cap.*98. *num.*1. *Scac. de Commerc.* §.1. *quæst.*1. *n.*154.

36. Y la razon es, porque quando el infortunio, ò caso trae causa de preterito; no es de cuenta del que asegurò, ò tomò en sì el riesgo. *D. Casareg. eodem disc.* 142. *num.* 25. *ibi: Nam hæc conclusio procedit, quando de casu, & tempestate maris sufficienter, & certitudinaliter constat, nec in contrarium pateat de alia causa potentiori, & urgentiori, cui imputari possit infortunium: quoties enim ex alia causa, veluti ex culpa Nautarum, sivè ex vitio intrinseco rei assecuratæ, & habente causam de præterito provenerit infortunium, prout plenissimè apparet in præsenti; non dicitur, constare de infortunio ad hunc effectum necessario, & assecuratores non tenentur; Reinol. Kuric. in jus maritim. Hanseat. tit. de assecurat. pag.* 6. *vers. ast, quia, circa finem. Marquard. de Iur. mercat. lib.*2. *cap.* 13. *sub. n.* 36. *vers. diversum vero Ius de Vicq. in observat. ad tractat. de Avarijs.*

PUNTO QUARTO.

37. LA primera objeccion; que nos haze la otra parte, es, dezir: Que aviendose valido Don Manuel Alvarez, en la Havana, del dinero, debiò ceder el consumo en perjuizio de Don Roque, que quiso correr el riesgo de amigos; à que se responde, lo vno, que el consumo, y valimiento no se ha justificado, como dirèmos despues; lo otro, que en valerse el Maestre del dinero ageno registrado, no procediò como amigo, pues segun los pareceres de los Comerciantes de Cadiz, que està desde el folio 120. presentados

por la otra parte; es mas delito à buscar la confianza, que ser salteador de caminos.

38. Lo otro, y mas principal, es, porque en la palabra amigos, contenidas en las Escripturas de riesgo, y en los seguros, no se entiende el Maestre de la Nave, lo qual se deduce legitimamente del Capitulo seguro, que trae Hevia Bolaños en el dicho libro 3. Comm. naval, donde aviendo expressado en los numeros 25. y 26. los casos fortuitos, y acostumbrados à que los asseguradores se obligan, y puesto entre ellos el de amigos, concluye al numero siguiente assi: *De lo dicho se sigue, que si por la justicia, ó pueblo, ó otra persona, fuere tomado alguna mercaderia por fuerza, sin pagarla, la ha de pagar el assegurador, dandole los recaudos de la toma, para que la pueda pedir, y cobrar.*

39. Conque concurre, que glossando Stracc. la palabra: *Amici*, contenida en la Pòliza, que trae *Ansaldo de Ansaldis*, al fin de tratado de *Commerc. glos. 20. num. 2.* la limita à las Represalias, que suele aver entre amigos, ibi: *Circa igitur pignorations illa incurrit quæstio, finge pignorationes fuisse concessas, á venetis contra Anconitanos, & Mævium Anconitanum merces Alexandriam transmisisse, eumque á Titio Bononiensi assecuratum juxta nostram formulam, si merces á venetis intercipiantur, & diripiantur, quæri potest, num Titius assecurator teneatur, & cum culpa, & facto Maviri Anconitari mercium direptio facta sit, &c.*

40. La segunda objeccion, que nos oponen, es, dezir, que los deudores no contrataron como Maestre, y Administradores de los Navios, sino sin respecto à estos Oficios; y aunque es cierto, que assi quedò pactado en la Escriptura, esto mirò, à que no incurriessen en la pena de la Ordenanza, que trae Don Joseph de Veitia Linage en su Norte de la Contratacion lib. 2. cap. 7. num. 31. ibi: *Con providencia muy conveniente á la causa publica, y para precaver los dolos, que se hazian por algunos dueños, y Maestres de Navios, se mandó por una Cedula dada en el Bosque de Segovia á 22. de Octubre de 1587. refrendada de Juan de Ybarra, que ningun dueño, ni Maestre de Navio pudiesse tomar dinero á cambio (que es lo que oy se llama á riesgo) sin licencia del Prior, y Consules; á la qual avia de preceder el hazer averiguacion del valor de la Nao, y que solamente hasta la*

ter-

tercia parte de él pudiessen alargarse las licencias, y que de ellas tuviessen libro en que tomassen la razon; y que el que de otra manera diesse, ó recibiesse dinero, incurriesse en perdimiento de bienes.

41. Pero si quieren las otras partes con dicho pretexto relevarse, discurren mal; porque Don Roque, no conociò mas Maestres, ni Administradores de los Navios, que à sus deudores, y nunca pudo prevenir, que se mudàsse el Maestre como yà queda notado suprà numero 34. y aunque replican, que consultaron en Indias si debian, ò nò cargar el dinero, no han presentado la Consulta, ni los pareceres, para examinar el hecho, que à los supuestos consultados se propuso.

42. La tercera objeccion quieren fundarla, en que siendo el contrato condicional, no aviendose purificado la condicion por no aver llegado à salvamento los reales, ni justificadolo la parte de D. Roque, no pudo la execucion despacharse; y que por consiguiente, fuè nula, y de ningun valor la sentencia de remate, y el mandamiento de apremio.

43. A que se responde, que aunque es verdad, que nuestro contrato contiene vna condicion intrinseca, tambien lo es, que llegando à salvamento el Vagèl en que se embarcò el dinero, y passado los quinze dias de cumplidos los riesgos, tiene el Acreedor lo que le basta para pedirlo. *Ex L. periculi, L. fœnerator ff. de nautico fœnore. Targa, ponderationi soprá lá Contratatione maritima cap.33. num.5. ibi: Not. che questo contratto per l' assontione de pericoli dalla parte del cambista contiene vna intrinseca conditione, di non potersi domandare solo constando che il Vascello sopra quale si corre, ó per vn modo, ó perl' altro delli due esposti, sia rimaso in salvo nel viaggio, ó termine accordato in tal contratto; per ció chi vuol ripettere con l' vtile, e tenuto di ció farne proba, acció resti purificata questa conditione.*

44. Lo mismo lleva *Juan Domingo Peri. cap. 10. delle negotiationi & interesse maritimo, ibi: La conditione di che si é fatta mentione di sopra é, che il detto Capitano N. há accordato col detto sig. A. presente, & accettante, é che per ragione degli vtili spese d' assicurationi, & altre si contenta di pagar al suo salvo arrivo al detto sig. A. alla ragione di 25. per cento. Glos. Acursij in dicta l. fœnerator, verbo nave propria litt. S.*

45. Y si otra cosa necessitasse justificar el Acreedor

cambista, nunca pudiera executar à sus deudores, mayormente, viniendo como venia consignado el dinero al vno de los obligados, que recibiò los conocimientos por la facilidad, que avria de entenderse con el Maestre, y que este declarasse, como lo hizo, averlo gastado, y consumido en la Havana en carenar los Navios.

46. Como si esta declaracion hecha por el mismo Maestre, obligado en los conocimientos, pudiera perjudicar al que corriò el riesgo, quando solo por aver recibido en Honduras los reales, quedò tacitamente obligado à entregarlos en España. *Francisco Rocco de assecurationibus not. 42. num. 133. ibi: Quia per receptionem mercium, tacitè videtur pacisci, vt salvæ omninò eæ restituantur.*

47. Pues aunque toda su Tripulacion depusiesse el consumo, no perjudicaria al Acreedor; mayormente, suponiendose gastado en el Puerto de la Havana, donde pudo probarse con Passageros, y otros testigos no sospechosos; y asimismo, la necessidad de la carena. *Vt cum multis idem Rocco respons. 28. num. 11. Strac. de nautis part. 5. num. 1. idem, Casareg. disc. 19. num. 29 y siguiente.*

48. La quarta objeccion se pretexta con dezir, que Chancelaron en Honduras la Escriptura; y esto se pudiera creer, si fuesse pagadera en aquel Reyno; pero aviendose de satisfazer en esta Ciudad à los quinze dias de aver surgido en salvo los Navios, si la Chancelaron, fuè irrita, y nula la Chancelacion; pero pregunto, quien les otorgò la carta de pago, y para què efecto consignaron el dinero al Fiador, para que pudiesse percebirlo, y pagarlo, si yà se consideravan libres de la obligacion?

49. Ha presentado en los Autos la otra parte distintos pareceres de Comerciantes, que han navegado à la carrera de Indias; y todos son de dictamen, que segun la practica, estilo, y costumbre de la carrera, no han debido satisfazer los obligados: es verdad que ninguno se ha presentado por testigo, y aunque todos depusiessen segun sus dictamenes, y pareceres, no huvieran probado la costumbre, que se constituye entre otras cosas por la frequencia de actos. *Pater Suarez, lib. 7. de Lege non scripta. Vela, dissert. 33. Marescot. lib. 2. cap. 7.*

50. Y debe probarse, no solo en especie, sino in individuo, con las mismas circunstancias; por que como el estilo, y costumbre es de naturaleza estrecha, no se puede extender de caso à caso, ni de persona à persona. *Dom. Salgad. part. 1. de Retent. cap. 7. á num. 7. & á num. 63. Idem Franch. decis. 17. Luca de Feu. discurs. 53. de Iurisdict. discus. 46. num. 6. & discurs. 64. num. 5. de Emption. disc. 8. num. 8. & de Beneficijs, disc. 29.*

51. Los vnos dizen, que en la palabra: *Amigos*, se entiende el caso presente; à que yà se respondiò desde el num. 37. hasta el 39. Otros traen el sucesso de la Flota de Vigo, en que su Magestad se sirviò tomar para sì porcion de caudales, para sus vrgencias, los que mandò prorratear à los Acreedores de Escripturas, de dos riesgos, dando por libres à los deudores, y dizen, que este caso, aun sin otro, apoya, y determina el nuestro.

52. Y ninguna similitud tiene con el nuestro, pues el hecho del Principe se numera entre los casos fortuitos, que corre el assegurador, ò persona que toma en si el riesgo. *Francisco Rocco, nota 65. num. 235. ibi: Regis, & Principis factum connumeratur inter casus fortuitos, l. Lutius, ff. de euictionib. Alex. cons. 57. n. 3. in fine lib. Natta, cons. 181. num. 4. Cravetta cons. 95. num. 1. Boss. in tract. crim. tit. de remiss. mercedis num. 76. Afflict. dec. 54. num. 2. cum alijs citatis per Surd. dec. 11. num. 15. ideo si Rex & Princeps, retineat Navem oneratam frumento ex causa penuriæ, quapropter Navis, non potuerit frumenta asportare ad locum destinatum, tenentur assecuratores.*

53. Otros traen por simil la quiebra del depositario en quien por mandado del Juez depositò Pedro el dinero; y nos arguyen, conque el Juez de Honduras nombrò à Don Manuel Alvarez por tal Maestre (yà està dicho, que fuè por quedarse en Indias el dicho Don Francisco de Garrastegui, y que lo tiene alegado Don Francisco de Renterìa) para que todas las partidas de plata, y frutos se registrassen, y recurriessen al dicho Don Manuel para que les diesse sus resguardos; y pregunto: Por què los deudores, el Comercio de Honduras, y los Oficiales Reales, no quisieron entregarle vn real?

54. Lo cierto es, que quando se entrega al depositario el dinero, si este parece es en daño del deponente, quando el

Acree-

Acreedor à quien avia de pagarse tiene justa causa de rehusar èl entrego, como verosimilmente la tendria Don Roque si se hallàsse presente en Honduras, por lo que dexàmos fundado desde el numero 26. *Francisco Rocco, respon. 53. num. 16. ibi: Ideo si perijt, periculo ipsius domini perijt, quia depositum semper perit in damnum deponentis, quando creditor, cui est solvendum, iustam habet causam recusandi, l. qui decem, & l. creditor oblatam, ff. de solut. cum Doctoribus in primis allegationibus citatis.*

55. Otros suponen, que en la Escriptura ay la clausula: *Sucessos, opinados, ò inopinados*; à que se satisface con lo que queda respondido suprà numero 14. Otros dixeron, que los deudores cumplieron con su obligacion, porque se sujetaron à la voluntad del Acreedor, y que esta excepcion es legitima, admitida aùn en derecho, y nó excluìda en los fundamentos de la verdad sabida, y buena fee guardada; la verosimilmente del Acreedor, fuè, que sus deudores bolviessen con los mismos oficios, que llevaron para Honduras de esta Bahìa; pues para discurrir lo contrario, nunca tuvo fundamento; y siempre se entiende electa la fee, è industria del mandatario, quien si por cumplir el mandato, elige otro, es de su cuenta, y riesgo la inobservancia. *Rota apud. Ludovis decis. 233. num. 4. & alij, quos congerit Casaregis, discurs. 36 num. 5.*

56. Y otros, que si la Escriptura fuera pagadera en Indias, nunca quedaria obligado à otra cosa mas, que à cargar el dinero, siguiendo las ordenes del Acreedor; pero este caso es diferente del nuestro, en el qual el cargue fuè puramente respectivo à preparar, y legitimar el curso del riesgo segundo, en conformidad de lo pactado, para que si por accidente de mar, ò de otro caso fortuito, se perdiesse el dinero, sobre que el riesgo se corria, fuesse de cuenta del Acreedor, quedando extincta la obligacion de los deudores, y si nô se perdia, cumplido el riesgo, y los quinze dias de plazo, huviessen de pagar la cantidad efectivamente en Cadiz, fuesse de aquel en menos cuerpos, ò fuesse de otro dinero; pues à la manera, que se destinaron para el primer riesgo los tercios de mercaderias, de la misma suerte se destinò el dinero en especie de reales acuñados baxo de registro, para correr el segundo.

57. Pero en las Escripturas de vn riesgo, pagaderas

en

en Indias, ò si el dinero procediesse de mercaderias, que el dueño consignasse para su venta, y beneficio, con ordenes de remitir sus retornos, baxo del registro, y conocimientos à su favor en tal, ò tal Navio, no es dudable, que luego, que hiziessen el entrego al Maestre, quedarian libres de toda obligacion, y que qualquier riesgo del dinero serìa de cuenta del dueño, como que era suyo, pues el consignatario, y mandatario, no tenian obligacion de pagarle en Cadiz, sino à remitirle à su riesgo, y ventura, siguiendo sus ordenes; y sin embargo, viendo en tan mala aptitud los Navios en que avia de embarcarse: si yo fuera el remitente, rezelaria hazer el cargue, y seguiria lo que la comun del Comercio.

58. De estos pareceres de Comerciantes en puntos de derecho, dize Ansaldo de Ansaldis en su discurso general de Commercio, & mercatura, numero 44: *At consimilis discursus, seu privilegium nimis effectum, est Iuris arbitrarium, quia quando in controversia mercantili exhibentur vota, vel judicia mercatorum, facile defensores alterius partis opponunt (& Iudices, ac Tribunalia admittunt) quid stari non debeat hisce votis, & judicijs, tamquam sint sutoris extra crepidam, sub motivo, quod agatur de concernentibus juris articulum, vt latiuns, & nos diximus, ac demonstrabimus suprá discurs. 72. num. 25. & 26. super addentes modó præter ibi relatos. Mell. observ. For. 79. num. 39. & 40. Saminiat. controv. 27. n. 19. Rota, decis. 73. n. 37. part. 12. Rec.*

59. En los Autos ay tambien vn informe en derecho de vn Cavallero Abogado de la Ciudad del Puerto de Santa Maria, y haziendole la salva, que se merece, aunque con lo fundado hasta aqui, và respondido, no se nos quedarà en el tintero dar satisfaccion al principal punto, que parece perjudica la clara justicia de los herederos de Don Roque, dize, pues, entre otras cosas: *Que la voz riesgo, ó peligro, es generalissima, y comprehende en si igualmente la culpa; y que assi, es constante, que en la generalidad de riesgos, que estipuló el Acreedor, se entiende tambien la culpa del Maestre de las Naos.*

60. Esta proposicion intenta fundarla en la *L. iuris gentium, §. si quis pactus, ff. de pactis*, donde el Jurisconsulto Pompónio, dixo: *Qne si pactó alguno de cumplir todo peligro en el contrato de deposito, será el pacto válido, y que se avrá de observar, aunque sea contra derecho.*

 61. Y

61. Y para que se reconozca, que no es del intento àquel texto, es precisso traer à la memoria. Lo primero, que quando el deposito se haze en gracia del deponente, si perece la cosa depositada, ò recibe daño, solo està obligado el Depositario, cometiendo dolo, ò culpa lata. *L. quod Nerva ff. Depos.* Lo segundo, que si el Depositario recibe algo por guardar el deposito, entonces està obligado por culpa leve, aunque no por la levissima. *Ex L. 1. §. si vestimenta, & §. si quis servum ff. deposit. y la Ley 3. tit. 3. part. 5.*

62. Lo tercero, que solo en el caso de que alguno se ofreciò por depositario, y excluyò al diligentissimo, en quien el deponente queria hazer el deposito, quedarà el que se ofreciò obligado, por culpa levissima, aunque no por caso fortuito. *Angelus in cap. bona fides de deposito num.* 3. y otros que juntò el Padre *Molina de iustitia iure tract. 2. disputat.* 527. *num.* 5.

63. Esto supuesto, bolvamos al texto con que se nos haze la guerra; como el Depositario, regularmente hablando, no queda obligado à todo peligro, dixo el Jurisconsulto Pomponio, que si alguno se obligò à cumplir todo peligro; esto es, aunque el daño se cause por culpa, como nos lo enseña la glossa Gothofreda, y con mas claridad la glossa magna de Acursio, sobre el texto mismo littera V, ibi: *Omne praestet periculum, id est periculum adveniens per omnem culpam, non vt de casu fortuito teneatur*, serà el contrato verdadero; pero esto se entiende, en fuerza del pacto. Es verdad, que el Jurisconsulto Marcelo en el §. siguiente, decidiò, que quando el pacto es contrario al derecho comun, nò se ha de observar, sino rescindir.

64. Pero *quid inde?* Ay tanta diferencia entre el contrato de riesgo maritimo al deposito, que para el Acreedor cambista maritimo corra los riesgos de la culpa, de mas de los fortuitos, y acostumbrados, es absolutamente precisso vn pacto expresso, y en el deposito, aunque convenga alguno cumplir, y pagar todo peligro, no quedarà el Depositario obligado por algun caso fortuito, como lo resuelven las mismas glossas Gothofreda, y Acursiana, y la ley 1. §. saepè evenit ff. depositi.

65. Tambien se intenta fundar la dicha proposicion

en

en vna doctrina de Santerna, p. 4. num. 18. donde aviendo preguntado, si estarà escusado el assegurador por la culpa del Governador de la Nave, dize en el numero siguiente: *Credo, quod non*; pero mas à baxo dize: *Et hoc præsupposito, quod teneatur ex forma assecurationis de quolibet periculo.*

66. De suerte, que pactandose, que el assegurador aya de correr qualquier peligro, dize Santerna, que quedarà obligado por la culpa del tercero; y no pudiera ser menos, pues al numero 15. dexò dicho: *Et non est intelligendum, quod assecurator assumat periculum proveniens ex culpa*, como diximos al numero 19. y en el numero 31. lleva, que si por humedad se corrompieren, ò deterioraren las mercaderias, ô las royere la polilla, ò los ratones, no estarà obligado el assegurador, que quiso correr el riesgo de casos fortuitos, ibi: *Quod autem de casu contingente in navi in dictis mercibus, vt si propter humiditatem consumantur, & deteriorentur, vel á tinea, vel á muribus ro lant ir, an de isto teneatur Assecurator, qui in se sumit periculum casus fortuiti? Credo, quod non.*

67. El daño, que causan los ratones, la polilla, langosta, y otros gusanos, estàn numerados entre los casos fortuitos, segun Ansaldo de Ansaldis de assecurationibus, glossa 22. per totam; y Hevia Bolaños dict. cap. seguro, num. 25. y si segun la mente de Santerna, explicada en el numero antecedente, los daños que causan estos animales nò es à cargo del que compra el riesgo de casos fortuitos; por què hemos de creer, que quiso lo contrario, quando sucede el infortunio por la culpa del Maestre?

68. Nuestro difunto Don Roque, no quiso correr mas riesgos de los que se expressaron en la Escriptura, ni en la palabra: *Otros desgraciados sucessos maritimos*, puede entenderse, comprehendida la culpa del Maestre; porque quando alguno numera algunos casos, y despues añade la clausula general, en fuerza de ella, solo se entienden los casos semejantes, y menores; Ansaldo de Ansaldis de assecurat. glos. 15. num. 9. ibi: *Tertia facti species est, vbi quidam casus sunt enumerati, & posteá generalis clausula est subjecta, vt vi clausulæ generalis adiectæ veniant omnes casus similis, vel minores, iuxta Bartoli doctrinam, &c.* Y no es caso semejante, ni menor la culpa del Maestre, sino mayor, insolito, no acostumbrado,

y exceptuado en los riesgos, y seguros, por todos los Autores, que hemos visto.

69. Estos son los fundamentos, que en comprobacion de la justicia, que asiste à los herederos de Don Roque se han podido tener presentes en el corto tiempo, que hemos tenido los Autos; y si à alguno pareciere, que và prolixo el papel, por la multitud de doctrinas, que se han copiado, nos avrà de disculpar: lo vno, ser el caso nuevo; lo otro, el que no todos tienen algunos de los Autores, que vàn citados; y lo otro, los muchos pareceres, que por vna, y otra parte se han presentado.

70. Ex quibus omnibus consta ser clara la justicia de estas partes, y que debe confirmarse la sentencia de remate, reservando á las contrarias el derecho, que tuvieren para que lo deduzgan contra dicho Don Manuel Alvarez, Casco, Aparejos, y Pertrechos de dichos Navios, y de sus fletes, y aprovechamientos, vt ita speramus; salva, &c.

Lic. D. Francisco Nazario Lopez de Morales.